

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

Montero, Etienne

Published in:

Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle. Etudes de droit comparé, 3e séminaire conjoint des Centres de droit des obligations de l'Université de Paris I et de l'U.C.L.

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2001, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Dans *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle. Etudes de droit comparé, 3e séminaire conjoint des Centres de droit des obligations de l'Université de Paris I et de l'U.C.L.* Bruylant ; L.G.D.J., Bruxelles, Paris, p. 393-434.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE X
LES CLAUSES LIMITATIVES
OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

Rapport belge

PAR

ETIENNE MONTERO

CHARGÉ DE COURS
AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME
DE LA PAIX À NAMUR
CHARGÉ DE COURS INVITÉ
À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

I. INTRODUCTION

A. – Un droit diffus et contrasté

1. – Lorsqu'est abordée, en doctrine, la délicate matière des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, il est traditionnel de souligner leur variété et leur polymorphisme (1). L'imagination des praticiens qui les élaborent est sans borne, ce qui rend ardu tout essai de conceptualisation. Il est vrai qu'au cœur de la matière gît un paradoxe : comment peut-on simultanément souscrire un engagement et se réserver le droit de s'y soustraire, se lier et s'ingénier à affaiblir la force du lien, ou, pour le dire autrement, donner d'une main et reprendre de l'autre ? Aussi ces clauses sont-elles affectées d'une radicale ambiguïté : on les regarde avec circonspection, conscient des dangers qu'elles présentent, mais on s'en accommode, en raison des avantages qu'elles procurent. Côté négatif, elles éroderaient le sens de l'engagement, favoriseraient l'incurie ou la négligence, et présenteraient l'inconvénient d'être souvent imposées dans les contrats d'adhésion. Côté positif, elles permet-

(1) Voy., par exemple, D. MAZEAUD, « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Daloz, 1994, pp. 155-180, spéc. n° 2.

traient d'organiser un partage équilibré des risques, inciteraient à l'innovation, à l'action et à la prise de risques, en rendant l'assurance possible et financièrement supportable, elles entraîneraient une diminution du prix des biens et services...

Quoi qu'il en soit, on s'en méfie tout en se gardant de les bannir, et ce, pour les raisons d'opportunité évoquées, mais aussi pour un motif juridique essentiel : le principe de la liberté contractuelle, en dépit des entorses fréquemment consenties par le législateur, demeure l'un des fondements de notre droit des obligations. En l'absence de dispositions spécifiques dans le Code civil, le régime des clauses restrictives de responsabilité est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence, parfois confirmée, complétée, infléchie ou renforcée par des interventions, en ordre dispersé, du législateur. Les cours et tribunaux s'attachent à concilier des exigences parfois contradictoires : sauvegarder des principes tels que l'autonomie de la volonté et la force obligatoire des contrats, assurer la sécurité juridique, rencontrer des impératifs économiques et éviter les abus de la part des parties fortes. Aussi la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est-elle assortie de multiples restrictions. Il en résulte un système particulièrement complexe, teinté de pragmatisme, qui se traduit par un faisceau de solutions disparates, assorties de conditions et d'exceptions, dont les justifications laissent souvent perplexe.

2. - La complexité de la matière tient au mode d'élaboration du droit des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité : une législation fragmentaire et un *corpus* jurisprudentiel qui s'enrichit au gré des décisions de justice. A cela s'ajoutent d'autres facteurs de complexité, parmi lesquels les ruses employées par ceux qui les élaborent. La portée précise des clauses est souvent difficile à dégager tant est grande l'habileté de leur rédacteur à éluder les interdictions. Par ailleurs, comme on le verra ultérieurement, il est parfois malaisé d'apprécier une clause *dans l'abstrait*, c'est-à-dire *a priori*, de manière à prévoir le sort susceptible de lui être réservé. Au demeurant, son efficacité peut aussi être mise à mal *ex post*, en considération des circonstances *concrètes* dans lesquelles elle est invoquée (2). Le principe d'exécution de bonne foi, dans sa fonction

(2) A propos de la distinction entre l'appréciation *in abstracto* et *in concreto* des clauses, voy. en particulier E. DIRIX, « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, pp. 1181-1185.

modératrice, s'oppose, en effet, aux *abus* dans l'exercice des droits contractuels; et cette idée, désormais bien assimilée dans notre droit, trouve à s'appliquer notamment en matière de clauses d'exonération (3).

3. - On enseigne généralement que ces clauses sont soumises aux mêmes règles de droit, en dépit de leur diversité de formulation, qu'elles tendent à limiter seulement la responsabilité de leur bénéficiaire ou à l'écarter totalement (4). Ce point de vue doit être nuancé : des distinctions s'imposent, à notre sens, au regard de certaines solutions établies par la jurisprudence (*infra*, not. n° 25 et n° 36).

Le régime des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité n'est pas différent selon qu'elles sont censées agir sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité extra-contractuelle. Il n'y a pas davantage de différence de traitement entre, d'une part, les clauses par lesquelles un sujet, tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité, en exclut ou en limite les conséquences pécuniaires et, d'autre part, les conventions qui ont pour but de modifier les conditions de naissance d'une telle responsabilité.

B. - Difficultés d'identification et de classification

4. - Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité peuvent être classées selon divers critères. Nous avons tenté de les regrouper, de la manière la moins arbitraire possible, en deux catégories : d'une part, celles portant sur les conditions d'existence de la responsabilité, d'autre part, celles relatives aux conséquences de la responsabilité.

5. - Dans la première catégorie, figurent des clauses qui tendent à exclure certaines causes de responsabilité. On songe, par exemple,

(3) Pour un exposé très clair des différentes fonctions de la bonne foi (notamment et surtout en matière contractuelle), voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 701 et s., n° 33 et s., et les nombreuses références.

(4) Voy. P. VAN OMMESELAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 184, n° 3 (version remaniée et actualisée d'une étude antérieure publiée dans l'ouvrage collectif *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1990. Dans la suite de l'exposé, nous ferons uniquement référence à la première étude citée).

aux conventions limitant la responsabilité à des fautes estimées graves et exonérant une partie ou les deux pour toutes les autres fautes (ainsi, prise en compte des seules fautes intentionnelles ou lourdes ou récurrentes, et exclusion des fautes légères). On peut mentionner également la clause dite « de parfaite information », qui vise à exonérer le fournisseur de toutes les fautes qu'il aurait éventuellement commises durant la phase pré-contractuelle, en particulier celles résultant de la transgression de son devoir de renseignement et de conseil (5).

Certaines clauses visent à écarter la responsabilité lorsque des obligations contractuelles n'ont pas été exécutées ou l'ont été avec retard. Elles peuvent se présenter clairement comme des stipulations de non-responsabilité, dont le but est l'exonération de toute responsabilité en cas de faute. D'autres fois, leur incidence sur l'étendue de la responsabilité est moins apparente. Tel est le cas des clauses concernant l'extension de la notion de force majeure. Il arrive fréquemment que le débiteur se décharge de ses obligations dans des circonstances considérées comme des cas de force majeure, alors qu'ils ne remplissent pas les conditions traditionnelles de la notion, telles que fixées par la jurisprudence et la doctrine (6).

6. — Les clauses destinées à aménager les conséquences d'une responsabilité éventuelle sont relatives à la procédure de mise en œuvre de la responsabilité ou à la limitation de la réparation.

Parmi celles du premier type, on songe aux clauses qui fixent des délais de recours, ou d'action en justice ou d'autres modalités, prévus à peine de forclusion, dans des conditions plus restrictives que celles prévues par le droit commun. Les conventions visant à limiter le type ou le montant de la réparation se présentent sous diverses formes. Parfois, il est stipulé que la réparation se fera uniquement en nature (remplacement des pièces défectueuses ou réparation de l'objet, etc.). Des conventions précisent que le montant de l'indem-

(5) En voici un exemple : « Le client reconnaît avoir été parfaitement informé et conseillé par le fournisseur. En conséquence, il l'exonère de toute responsabilité pour tout fait quelconque de la négociation ».

(6) La clause suivante en est un exemple extrême : « Le fournisseur ne pourra être tenu pour responsable d'une violation de ses obligations dans la mesure où celle-ci serait due à des conflits industriels, des interdictions d'accès, des pannes d'électricité, des actions gouvernementales, une guerre, un conflit, des émeutes, des troubles civils, des causes naturelles ou par toute autre cause imprévisible existant à la date de signature des présentes ou survenant ultérieurement ». On admettra que le flou et l'imprécision des termes utilisés sont tels que les possibilités de mise en cause de la responsabilité s'en trouvent réduites à une peau de chagrin.

nité éventuellement due ne pourra excéder soit un certain pourcentage du dommage subi, soit un plafond déterminé.

C. — Distinction d'avec des clauses voisines

7. — En principe, on ne saurait confondre les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité et celles qui se bornent à préciser, souvent à la baisse, le contenu des obligations assumées par les parties.

Les clauses visant à restreindre la portée de l'engagement ont notamment pour objet de changer la nature de l'obligation (par exemple, transformer une obligation de résultat en obligation de moyens ou limiter les moyens que le débiteur a le devoir de mettre en œuvre (7)) ou d'alléger les obligations (par exemple, faire accepter par avance au créancier l'éventualité de certaines imperfections dans l'exécution des obligations du débiteur : non respect d'un délai, performance non atteinte, etc.). On peut citer aussi la clause dite « des quatre coins » (8) : pareille stipulation entend faire table rase du passé et exclure du contenu du contrat tous les documents rédigés durant la phase préparatoire (lettres d'intention, procès-verbaux de réunions, protocoles d'accords ou accords intermédiaires, etc.). Elle veut indiquer que l'accord intervenu entre les parties se limite aux engagements explicitement repris dans l'*instrumentum*. Son but est d'empêcher que le contrat puisse s'interpréter à la lumière des documents préalables ou que le client infère de ces mêmes documents des obligations n'ayant pas été expressément consacrées par le contrat définitif.

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent déterminer librement le contenu et la portée de leurs engagements (9). On ne saurait faire grief à un débiteur d'avoir commis une faute par négligence, ni *a fortiori* un dol ou une faute lourde, en n'exécutant pas une obligation qu'il ne devait et ne voulait pas

(7) Il est à noter que l'on a plutôt affaire à une clause limitative de responsabilité si l'engagement du débiteur est normalement considéré, en droit commun, comme une obligation de résultat.

(8) Par exemple : « Le présent contrat contient l'intégralité des conventions passées entre [la société X] et le client. Il annule et remplace tous les autres termes et conditions ou conventions, stipulations, correspondances antérieures formulées verbalement ou par écrit par le client ou par X ».

(9) Cf. R. KRUTHOF, « Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité — Rapport belge », *In memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 167-168, n° 3, et les réf. et exemples cités; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 183, n° 1.

assumer (10). Du point de vue pratique, les clauses portant sur le contenu des obligations du débiteur n'obéissent, en principe, pas au régime juridique des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ainsi, un jugement du tribunal civil de Bruxelles a admis que le gérant d'un parking pouvait valablement limiter ses obligations à celles d'un bailleur par une mention, au verso du ticket de parking, indiquant qu'il se charge uniquement de louer un emplacement de parking. Il en résulte qu'est également valable la clause de non-responsabilité en cas de vol figurant au même endroit, sa responsabilité ne pouvant être engagée que pour les dommages résultant d'un « défaut de l'emplacement même », d'une faute personnelle ou d'une faute de son préposé (11).

Cependant, l'on sait qu'entre les clauses limitant les obligations et celles limitant la responsabilité, il n'y a parfois qu'une différence de formulation qui ne saurait faire illusion. Tout dépend, en définitive, du libellé de la clause, des circonstances et de l'intention des parties (12). Ainsi, il n'est pas exclu qu'un juge interprète des dispositions définissant le contenu d'obligations comme d'authentiques clauses restrictives de responsabilité et, partant, leur applique le sort réservé à ces dernières. En particulier, il pourra frapper d'inefficacité une clause restrictive d'obligation dès lors qu'elle contredit une obligation essentielle du contrat au point d'en ruiner l'économie, de le vider de sa substance (comp. *infra*, n° 35).

8. – Il importe aussi de distinguer les clauses restrictives de responsabilité des clauses pénales. Théoriquement, ces dernières n'ont pas pour objet de restreindre ou d'écarter la responsabilité, mais de déterminer, au préalable et forfaitairement, le montant de l'indemnisation due (13). Leur fonction propre est seulement de supprimer la difficulté de l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts. Néanmoins, en pratique, il n'est pas exclu qu'elles puissent s'analyser comme de véritables clauses restrictives de responsabilité et, dès lors, être traitées comme telles.

(10) Cf. B. STARCK, « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.S.*, 1974, chron. xx, p. 158, n° 15.

(11) Civ. Bruxelles, 12 décembre 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 371. Voir aussi Bruxelles, 3 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12049.

(12) P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 183, n° 1.

(13) Voir aussi l'article 1226 (nouveau) du Code civil.

II. LA PORTÉE DES CLAUSES

A. – Les pièges de la rédaction

9. – L'appréciation des clauses restrictives de responsabilité suppose que leur portée ait été soigneusement dégagée. L'exercice est redoutable pour qui est invité à se prononcer sur des clauses : pièges et chausse-trappes guettent l'interprète (14). Tout d'abord, il s'agit de parvenir à identifier les clauses concernées car la couleur n'est pas toujours annoncée. L'attention peut être déjouée par l'apparence flatteuse des intertitres du contrat : la teneur des dispositions ne correspond pas nécessairement aux promesses ; des limitations de responsabilités peuvent se dissimuler là où on les attend le moins, par exemple sous les dehors d'une clause dite de garantie. Ensuite, la lecture des clauses peut être déroutante en raison d'une rédaction truffée, par maladresse ou par astuce, d'imprécisions, d'ambiguïtés ou de contradictions. L'hésitation est permise sur leur objet précis dès l'instant où elles règlent, dans la confusion, une variété d'aspects juridiquement distincts. Enfin, on peut s'interroger sur la signification et la portée précises de certaines clauses eu égard au droit commun : simple rappel ou véritable dérogation ?

10. – Ces difficultés peuvent se combiner, comme dans la clause reproduite qui, à la fois, réduit l'obligation d'un fournisseur à une simple obligation de moyens, limite les dommages pris en considération et plafonne le montant de l'indemnisation :

« L'obligation contractée par X dans le cadre de ses prestations, objet du contrat, est une obligation de moyens. X n'est en aucun cas responsable des dommages indirects tels que, notamment, le manque à gagner, l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de profit, de clientèle ou d'économie escomptés, ni de réclamations formulées par un tiers contre le client. En tout état de cause, l'indemnisation du client pour le dommage éventuel causé par la faute de X ne pourra dépasser 50 % du montant total des rémunérations prévues à l'annexe B »

En se référant à la notion de dommage indirect, les contractants entendent vraisemblablement tirer parti de la règle de l'article 1151 du Code civil, dont il résulte que « (...) les dommages et intérêts dus par le débiteur ne doivent comprendre (...) que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Or on sait

(14) Sur ce point, M. COIPEL, « Théorie générale des contrats », vol. 3, *Guide Juridique de l'Entreprise*, 2^e éd., Livre 31, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 10.

que la Cour de cassation interprète les termes de l'article 1151 en ajoutant « c'est-à-dire une suite *nécessaire* de l'inexécution de la convention » (15). Les clauses analogues à celle reproduite ici peuvent se borner à rappeler le droit commun et/ou prétendre supprimer les incertitudes liées à la mise en œuvre de celui-ci. Tout dépend, bien entendu, de la façon dont elles sont libellées. En l'espèce, il nous apparaît que certains des préjudices énumérés à titre d'exemples peuvent constituer autant de « suites nécessaires » de la mauvaise exécution du contrat qui, en l'absence de clause, devraient donner lieu à réparation. En d'autres termes, il se peut que la clause épinglée, sous couvert de reproduire le prescrit légal, vise à limiter sensiblement la responsabilité du fournisseur.

11. – Les clauses de force majeure constituent également une bonne illustration de notre propos. Suivant la façon dont elles sont libellées, elles peuvent s'interpréter soit comme un simple rappel du droit commun, pourvu que n'y soient pas inclus des événements ne répondant pas aux conditions de la notion de force majeure, soit comme une véritable restriction de responsabilité. Tout dépend des termes choisis et de leur agencement.

B. – *L'interprétation des clauses*

12. – On ne saurait trop insister sur le bon usage des règles d'interprétation des conventions. Certains principes sont parfois perdus de vue, ce qui peut expliquer l'un ou l'autre errement en doctrine ou en jurisprudence.

Déroatoires au droit commun de la responsabilité civile, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont normalement de *stricte* interprétation, en ce sens que leur portée ne peut être étendue – par analogie – à des hypothèses non visées (16). Cette solution s'inscrit dans la ligne du principe unanimement reconnu selon lequel on ne peut élargir les exceptions au-delà des prévisions des parties. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, il ne s'agit donc pas de procéder, par principe, à une interprétation *restrictive*,

qui consiste, quant à elle, à refuser d'appliquer une clause à des hypothèses qu'elle couvre et ce, afin de se conformer à la volonté réelle des parties (17). Ainsi en est-il pourtant lorsque la jurisprudence considère que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité rédigées en termes généraux ne trouvent pas à s'appliquer en cas de faute lourde du débiteur, à moins que les parties aient prévu cette exonération de manière expresse ou qu'elle résulte nécessairement de la disposition concernée (*infra*, n° 29) (18).

13. – Cela étant, l'interprète doit s'efforcer de dégager la *commune* intention des parties (art. 1156 C. civ.). Pareil objectif est d'ordinaire parfaitement illusoire, à défaut de coïncidence réelle entre les volontés. En réalité, il s'agit de postuler que les parties ont entendu se plier aux exigences de la bonne foi. On rappelle, à cet égard, le rôle éminent qui a pu être reconnu à la bonne foi dans l'interprétation des contrats, avant que d'autres fonctions lui soient attribuées (19). En présence d'une clause restrictive de responsabilité, il convient donc de supposer que les parties ont voulu lui donner une portée raisonnable et licite. Par conséquent, si une clause ne s'écarte pas indiscutablement de telle règle droit commun, on admettra que l'intention et le but des parties étaient de se conformer à cette règle. Le principe de l'effet utile dicté par l'article 1157 du Code civil prend ici toute son importance. Si une clause prête à diverses interprétations, dans un sens qui la rend illicite ou, au contraire, dans un sens qui lui permet d'être prise en compte, il faut privilégier la seconde lecture. Ainsi, dans bien des cas, le juge n'est pas obligé de la tenir, sans nuance, pour nulle et non avenue. Il lui suffit de l'annuler *partiellement* : elle peut recevoir application en présence de certaines fautes, alors qu'elle sera déclarée inefficace au regard d'autres types de fautes. Tel est le cas fréquent des clauses rédigées en termes généraux, qui semblent exonérer le débiteur de toute responsabilité en cas d'inexécution. Par application de l'article 1157, on pourra considérer que la nullité de certains de leurs

(17) Sur la distinction entre interprétation stricte et interprétation restrictive, M. COPEL, « Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil. Le porteur et le lion », note sous Bruxelles, 3 décembre 1986, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 566-567; et du même auteur, *op. cit.*, p. 12.

(18) Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863; *R.C.J.B.*, 1981, pp. 189 et s., et la note de L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation ».

(19) On s'est aperçu depuis lors que cette fonction interprétative n'ajoute rien, ou si peu, à l'article 1156 du Code civil.

(15) Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155; Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1087.

(16) A titre d'illustration, voy. Liège, 4 décembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4, p. 369 (les dégâts causés par la suie ne peuvent être assimilés à des dégâts causés par « feu, explosion, eau et fumée » : jugé qu'une clause d'exclusion contenue dans un contrat d'assurance doit s'interpréter de manière restrictive (stricte !), en sorte que, la clause ne visant pas expressément cette cause de dommage, à savoir l'émanation de suie, l'appelante n'est pas justifiée à s'en prévaloir).

éléments n'affecte pas la validité des autres : ces clauses seront écartées en cas de faute dolosive, mais permettront de couvrir efficacement la faute légère, et même la faute lourde aux conditions examinées plus loin (*infra*, n° 29).

14. — Aux termes de l'article 1162, en cas de doute sur la portée d'une clause, celle-ci doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, en l'occurrence la partie qui en bénéficie (20). Cette directive d'interprétation est précieuse. Il n'est pas rare, en effet, que les clauses relatives à la responsabilité soient mal rédigées, obscures ou ambiguës. En cas d'hésitation sur la portée d'une clause — quelle est la mesure de la dérogation au droit commun ? quelles sont les hypothèses visées par la dérogation ? —, l'article 1162 invite à privilégier l'interprétation favorable à la partie que la clause place dans une position moins avantageuse (21). Le doute conduit à faire l'hypothèse que cette partie n'a pas consenti à octroyer une faveur supplémentaire à l'autre. Ce faisant, l'interprète se borne en fait à reconstituer la commune intention des parties, en présumant que celle-ci était de s'en tenir au droit commun. La portée de la clause n'est nullement restreinte, elle est clarifiée.

15. — En résumé, par application des règles d'interprétation, un juge peut être amené éventuellement à préciser ou mettre en lumière le sens et la portée des clauses restrictives de responsabilité, moyennant une restitution de la volonté réelle des parties. En revanche, il doit se garder, sous couvert d'interprétation, de violer la force obligatoire des contrats (par exemple, en refusant de donner pleine application au texte clair d'une clause), et de méconnaître la foi due aux actes (en interprétant une clause dans un sens inconciliable avec sa lettre).

C. — Les conséquences de la nullité d'une clause

16. — On considère généralement que la nullité d'une clause restrictive de responsabilité n'entraîne pas la nullité de la totalité de la convention. Pour justifier pareille solution, il est fait référence à

(20) Cass., 22 mars 1979, précité; Cass., 7 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 2; Cass., 23 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1196; Mons (1^{re} ch.), 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635.

(21) Comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, cette disposition ne peut jouer qu'en cas de doute (réel), c'est-à-dire si le juge ne parvient pas à déterminer de façon suffisamment certaine la portée précise du contrat. Cf., par exemple, Cass., 17 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 158; Cass., 4 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 420.

la commune intention des parties et à la notion d'indivisibilité (cf. l'art. 1217 C. civ.) (22). En toute hypothèse, il s'agit d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond (23). S'il s'avère que la présence de la clause nulle était essentielle aux yeux des parties et a déterminé ces dernières à conclure le contrat, la nullité devra s'étendre à l'ensemble de la convention (24). Dans le cas contraire, qui est le plus fréquent, seule la clause litigieuse est réputée non écrite et les autres stipulations du contrat gardent toute leur force et leur portée.

Cela étant, on peut gager que, bien souvent, les parties n'ont pas la même perception de la portée et de l'importance de la clause d'exonération. Le recours à la notion d'indivisibilité et à la commune volonté des parties présente fréquemment un caractère quelque peu artificiel.

On conçoit souvent mal que la présence de la clause restrictive de responsabilité ait pu déterminer le consentement du cocontractant désavantagé par celle-ci. Il est raisonnable de penser que seul le bénéficiaire de pareille clause a pu envisager que la convention dans son ensemble — en ce compris la clause — formait un tout indivisible en ce sens qu'il n'aurait pas conclu s'il avait su que cette dernière serait déclarée inefficace. Certains auteurs estiment que, dans cette hypothèse, tout le contrat devrait être déclaré nul, même s'ils concèdent que telle n'est pas la solution généralement retenue (25). Le raisonnement est manifestement fondé sur la théorie des vices du consentement. Toutefois, on peut observer, avec Michel COIPEL, qu'il « semble perdre de vue que l'erreur de droit qui a vicié le consentement ne peut entraîner la nullité de la convention que si elle est excusable, ce qui est rarement le cas dans le chef de ceux qui établissent les conditions générales » (26).

17. — On comprend dès lors que la jurisprudence se borne, le plus souvent, à prononcer la nullité de la clause restrictive de responsa-

(22) P. VAN OMMESELAEGHE, *op. cit.*, p. 221, n° 25. Sur la notion d'indivisibilité, J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1980, spéc. p. 756, n° 888; J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, pp. 8 et s.

(23) H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 301.

(24) À cet égard, voy. l'art. 1172 du Code civil.

(25) L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », *op. cit.*, p. 209, n° 15; R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 190, n° 21, *in fine*.

(26) M. COIPEL, *op. cit.*, p. 19.

bilité, tout en maintenant le contrat (27). Même si, dans certaines circonstances (28), cette solution peut être critiquée, il faut bien admettre qu'elle présente, en pratique, d'indéniables avantages. En effet, la solution contraire serait de nature à dissuader la partie désavantagée par la clause à en contester la validité étant donné que, d'ordinaire, elle souhaiterait le maintien du contrat. Il serait, par ailleurs, choquant que le bénéficiaire de la clause puisse obtenir la nullité du contrat en invoquant la nullité d'une clause rédigée par lui-même (29).

On le voit, de sérieux arguments d'opportunité plaident en faveur de la solution établie en jurisprudence. Reste à se demander s'il est concevable que le cocontractant lésé par la clause obtienne l'annulation du contrat. L'hypothèse semble quelque peu théorique, mais on peut imaginer que, pour l'une ou l'autre raison, il veuille « profiter » de la découverte *a posteriori* du caractère litigieux de la clause pour se dégager de ses liens contractuels. A la réflexion, on ne voit pas très bien sur quelle base il pourrait obtenir satisfaction. Il est évidemment exclu qu'il parvienne à établir que la présence de la clause avait déterminé son consentement au contrat. L'invalidation de la clause suffit, au demeurant, à rétablir l'équilibre du contrat, sans que rien ne paraisse justifier l'anéantissement de celui-ci en entier.

III. – LA VALIDITÉ DE PRINCIPE DES CLAUSES

A. – *Le principe*

18. – La validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité n'est pas contestée en droit belge, non seulement en matière contractuelle, mais aussi extra-contractuelle. Néanmoins, comme on sait, la jurisprudence a fixé de nombreuses limites à leur validité (voy. ci-après, IV). Les clauses peuvent concerner non seu-

(27) L'article 33, § 1^{er}, alinéa 2 (nouveau) de la loi sur les pratiques du commerce dispose à cet égard que « le contrat reste contraignant pour les parties, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

(28) On vise ici les cas exceptionnels, mais concevables, où la clause aurait réellement déterminé le consentement au contrat. Mais on songe aussi aux hypothèses où la clause est annulée sur le fondement de l'interdiction des obligations purement potestatives (combinaison des articles 1174 et 1172 C. civ. : lorsqu'il est fait appel à ces dispositions, la convention en entier devrait, en principe, être annulée). Il devrait en être de même lorsqu'une clause est invalidée par référence à l'adage *fraus omnia (!) corrumpit*. La jurisprudence s'y refuse... au nom du seul réalisme.

(29) En ce sens, M. COIPEL, *op. cit.*, p. 19.

lement la responsabilité personnelle du débiteur, mais aussi celle du fait d'autrui, notamment les agents d'exécution et préposés (30). Sauf exceptions (*infra*, not. n° 23 et n° 43), elles peuvent couvrir aussi bien les dommages causés à la personne ou aux biens du créancier que les dommages purement économiques et financiers.

La validité d'une clause de non-responsabilité n'est pas compromise par le seul fait qu'elle figure dans un contrat d'adhésion (31). La solution n'est pas différente lorsque le bénéficiaire d'une telle clause jouit d'une position monopolistique (32).

B. – *La justification du principe*

19. – Pour justifier la validité des clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité contractuelle, la doctrine et la jurisprudence se fondent sur le caractère supplétif des dispositions légales régissant cette matière et sur le principe de l'autonomie de la volonté (33).

En ce qui concerne la responsabilité extra-contractuelle, il est admis, en Belgique, que les articles 1382 et 1383 du Code civil ne réglementent que des intérêts privés et n'ont pas pour but exclusif de sauvegarder l'intérêt général (34). Il en résulte que ces dispositions n'ont pas le caractère de lois d'ordre public et qu'on peut y déroger par convention (35). La jurisprudence française adopte, elle, la thèse contraire et prohibe les clauses d'exonération de responsabilité en matière aquilienne.

20. – La doctrine belge approuve dans son ensemble la solution retenue chez nous, tandis qu'une doctrine française unanime critique la prohibition prônée dans son pays. Brisant toutefois cette belle unanimité, D. MAZEAUD s'est employé récemment à défendre le bien-fondé de la jurisprudence française. En substance, il fait

(30) A ce sujet, B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, C.U.P., vol. XXVII, 1998, p. 152.

(31) Liège, 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 702; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11939.

(32) Anvers, 12 octobre 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 718.

(33) Par exemple, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 732, n° 122 et les réf.; Bruxelles, 5 novembre 1993, *R.D.C.*, 1994, 1077; Civ. Bruxelles, 13 mai 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11231.

(34) Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 135.

(35) Pour des confirmations plus récentes du principe : Cass., 15 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 171; Cass., 12 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 462; *J.T.*, 1987, p. 381; Cass., 29 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 124.

valoir que le contrat, en tant qu'instrument de gestion des risques, permet « de maîtriser l'avenir de la relation contractuelle et de prévoir des préjudices potentiels », alors qu'en matière délictuelle cette possibilité n'existe pas (36). Il en conclut au caractère dangereux, pour la victime éventuelle, de toute clause d'exonération de responsabilité qui serait relative à un préjudice nécessairement imprévisible, sinon dans son principe, en tout cas dans son étendue.

Cette opinion ne nous paraît pas décisive. Elle fournit l'occasion d'insister sur un aspect important : pour que la question puisse seulement être envisagée, encore faut-il que les parties se trouvent dans une *situation de fait* qui rend concevable la conclusion d'une convention relative à leur responsabilité. A titre d'exemple de pareille hypothèse, on cite souvent les conventions entre voisins (à propos de troubles éventuels de voisinage) ou entre propriétaires d'animaux gardés sur une prairie commune (à propos des dommages que ces derniers pourraient se causer mutuellement) (37). N'est-ce pas précisément parce qu'elles anticipent la survenance de dommages éventuels bien concrets qu'elles s'accordent à aménager, par stipulation, leur responsabilité ? D'un autre côté, en matière contractuelle, il n'est pas rare que l'ampleur du dommage soit largement imprévisible. Par exemple, il peut être malaisé d'évaluer, par avance, l'importance des préjudices pouvant résulter d'un hypothétique dysfonctionnement d'un système informatique. Vraiment, on ne voit pas en quoi les clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité aquilienne représenteraient une menace particulière pour l'ordre public.

C. — La connaissance et l'acceptation des clauses

21. — Puisque les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dérogent au droit commun, il appartient à celui qui en invoque le bénéfice non seulement d'en préciser la portée, mais aussi d'établir qu'elles ont été à la fois connues et acceptées. D'autant que le fondement de leur validité réside dans la volonté des parties (art. 1134 C. civ.) : à juste titre, les tribunaux prêtent donc une grande attention à ces exigences.

(36) D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 166, n° 15 et 16.

(37) B. STARCK, *op. cit.*, p. 159, n° 20.

Ils font preuve d'une vigilance particulière à l'égard des conditions générales du contrat, qui comprennent fréquemment une clause d'exonération de responsabilité, en s'assurant que le cocontractant en a pris connaissance, ou du moins a eu la possibilité d'en prendre connaissance, préalablement à la conclusion du contrat. En matière extra-contractuelle, la même exigence doit être rencontrée : celui qui invoque une clause restrictive de responsabilité doit démontrer que le demandeur en responsabilité ne pouvait ignorer son existence. Des contestations s'élèvent fréquemment en cas d'affichage des conditions générales (dans un magasin, par exemple) ou d'une simple décharge de responsabilité (à l'entrée d'une aire de parking ou d'une plaine de jeux). La jurisprudence a dégagé, au fil des cas d'espèce, divers critères d'appréciation tels que le type et la taille des caractères utilisés, l'emplacement ou la langue du texte des conditions contractuelles (38). L'acceptation d'une clause ne doit pas nécessairement être expresse : le consentement a pu être exprimé tacitement. Cependant, le silence ne vaut acceptation que s'il est circonstancié, et cette condition est contrôlée avec rigueur (39).

(38) Cf., récemment, Bruxelles, 12 septembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4-5, p. 352.

(39) Sur tous ces points, parmi une abondante jurisprudence, voy. Anvers, 15 décembre 1994, *Dr. eur. transp.*, 1995, p. 358 (acceptation tacite d'une clause apposée de façon claire et visible à l'entrée d'une concession); Bruxelles, 10 décembre 1992, *R.G.A.R.*, 1995, 12493 (jugé qu'un usager de la Régie des Postes ne pouvait avoir connaissance, ni *a fortiori* avoir accepté tacitement, une limitation de responsabilité prévue pour certains envois spéciaux, des bijoux en l'espèce); Gand, 20 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451 note P. VAN DER WIELEN (possibilité de prendre connaissance et nécessaire acceptation du règlement de distribution d'électricité par un usager); Civ. Louvain, 9 février 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 1551 (jugé insuffisant l'affichage d'une clause sur un panneau, qui a pu échapper à l'attention du client en pénétrant dans le parking); Comm. Namur, 20 janvier 1977, *R.R.D.*, 1977, p. 314; J.P. Arlon, 14 octobre 1977, *J.L.*, 1978-1979, p. 39; Civ. Arlon, 3 octobre 1979, *J.L.*, 1979-1980, p. 172 (conditions générales affichées à l'intérieur d'une teinturerie : jugé, dans les trois espèces, qu'il n'est pas établi que le client ait marqué son accord); Civ. Liège, 29 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 275 (jugée opposable la clause inscrite au recto d'un ticket de dépôt remis au propriétaire d'une voiture à l'entrée d'un parking); J.P. Bruxelles, 8 octobre 1971, *R.G.A.R.*, 1973, n° 9050 et J.P. Anvers, 13 janvier 1971, *R.G.A.R.*, 1973, n° 9051 (clause affichée dans des parkings mis à disposition du personnel de la S.N.C.B. jugée opposable).

IV. – LES RESTRICTIONS À LA VALIDITÉ DES CLAUSES

A. *L'ordre public et les lois impératives*

1. *Règle générale et exemples*

22. – Les clauses d'exonération ne sont pas valables lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. Il est des matières, en effet, où le législateur interdit ou réglemente de telles clauses (cf. le régime des clauses abusives, *infra*, n° 40 et s.). Quelques exemples suffiront à illustrer cet aspect sur lequel nous ne nous appesantirons pas.

Ainsi, la responsabilité décennale des entrepreneurs et des architectes est considérée par une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence comme étant d'ordre public. Il s'ensuit que les clauses visant à en restreindre la portée sont, en principe, nulles. Sont également sans valeur les clauses dérogeant, notamment, à certaines dispositions des législations sur les accidents du travail et sur le contrat de travail, à l'article 1954ter du Code civil relatif au dépôt d'hôtellerie, etc. Des clauses d'exonération de responsabilité qui seraient en contradiction avec des dispositions pénales sont également nulles (40). En revanche, il est permis de limiter la responsabilité civile découlant des infractions pénales (41).

2. *Le domaine des produits*

23. – Les clauses de non-responsabilité sont d'office nulles dans le domaine d'application de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (introduisant la directive européenne du 25 juillet 1985). L'article 10, § 1^{er}, de la loi (qui reprend l'article 12 de la directive) dispose : « *La responsabilité du producteur ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité* ».

Par ailleurs, il résulte de l'article 1645 du Code civil que les clauses de non-responsabilité stipulées dans les contrats de vente sont nulles dès l'instant où l'acheteur démontre que son vendeur connaissait les vices de la chose. On sait surtout que la jurispru-

dence met à charge des fabricants et vendeurs spécialisés une rigoureuse obligation de connaissance des vices. Assimilés d'office au vendeur qui connaissait le vice de la chose, ils sont ainsi tenus de réparer intégralement les conséquences dommageables de celui-ci et ne peuvent invoquer à leur profit une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Une seule nuance tempère la sévérité de ce régime : si le fabricant ou le vendeur spécialiste réussit à prouver que le vice était impossible à déceler ou que son ignorance était invincible, il échappe à l'aggravation de sa responsabilité (42) et se trouve autorisé à se prévaloir d'une clause éventuelle limitant cette dernière (43) (44).

A notre avis, s'il est raisonnable que le fabricant ou le vendeur spécialisé soit tenu de connaître les vices sans être admis à invoquer son ignorance (simple), il est plus discutable de l'assimiler d'office à un vendeur ayant réellement connu les vices – donc de mauvaise foi – aux fins de l'empêcher de se prévaloir d'une limitation de responsabilité. L'expédient de la « présomption de mauvaise foi » en guise d'explication du système ayant été abandonné (45), les clauses restrictives de responsabilité devraient être combattues désormais sur les seules bases du droit commun de ce genre de clauses et de la réglementation des clauses abusives (46).

(42) Mais il reste tenu de la garantie légale dont il n'est pas possible de se soustraire moyennant l'administration de la preuve d'une cause évasive de responsabilité.

(43) Sauf dans les rapports entre vendeurs professionnels et consommateurs. Cf. l'article 32-12 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(44) Pour un développement plus fouillé, voy., par exemple, E. MONTERO et X. THUNIS, « La vente », *Guide Juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Livre 32, Bruxelles, Kluwer, 1995, pp. 36 et s., et les nombreuses références.

(45) Cf. B. BUBISSON, « Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel », *Ann. Dr. Louvain*, 1998/2, pp. 177-210.

(46) A juste titre, on a fait remarquer que la Cour de cassation n'a jamais fait allusion à une telle présomption, dans le domaine de la vente, et qu'elle a toujours écarté les limitations de responsabilité sur la base d'une *mauvaise foi constatée*. Voir H. COUSY, *Problemen van produktaansprakelijkheid*, Bruxelles, C.I.D.C., 1978, n° 163; P.-A. FORIERS, « La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique. Observations et réflexions », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 247 et s.

(40) Gand, 17 avril 1970, *R.W.*, 1972-1973, col. 415.

(41) P. VAN OMMERLAGHE, « Examen ... (1968 à 1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 527.

B. – *Le dol et la faute intentionnelle*1. *La solution et son fondement*

24. – Il est unanimement admis qu'une clause exonératoire de responsabilité doit être déclarée inapplicable en cas de dol (47).

Le fondement de la solution est discuté. Certains auteurs évoquent le principe de l'interdiction des conditions purement potestatives (art. 1174 C. civ.) (48). Une autre justification est trouvée dans l'article 1150 du Code civil, dont il résulte que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». On objecte, à juste titre, que ces fondements présentent l'inconvénient de ne valoir que pour la transgression d'obligations *contractuelles*. Selon une opinion encore différente, l'interdiction de s'exonérer du dol serait justifiée par l'adage *fraus omnia corrumpit* : il serait contraire à l'ordre public (art. 6 C. civ.) d'autoriser quelqu'un à violer sciemment ses obligations (49). Mais il est excessif de tenir toute faute intentionnelle (quelle que soit l'obligation méconnue) pour frauduleuse et attentatoire à l'ordre public. M. COIPEL propose, pour sa part, de faire appel à la notion d'abus de droit : dans le cadre de l'appréciation *in concreto* des circonstances d'espèce, le juge peut estimer que le débiteur abuse de son droit en invoquant une clause restrictive de responsabilité pour couvrir son dol (50). Cette suggestion rejoint l'avis exprimé récemment par plusieurs auteurs, selon lequel la meilleure justification de l'interdiction concernée est à trouver dans le principe d'exécution de bonne foi des obligations (51).

(47) Cass., 22 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 159; Cass., 3 avril 1959, *Pas.*, I, p. 773; *R.C.J.B.*, 1960, p. 207, note VAN HECKE; Cass., 29 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 121; Comm. Bruxelles, 2 mars 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 819. Il est question ici du dol commis dans l'exécution du contrat, à distinguer du dol dans la formation. Cf. Liège, 30 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 129, qui confond ces deux notions. Voir aussi Gand, 20 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451, note P. VAN DER WIELEN, « Le distributeur d'électricité ne peut s'exonérer de son dol ou de sa faute intentionnelle ».

(48) C. RENARD, « Les modifications conventionnelles de la responsabilité. Exposé introductif général », *Ann. Dr. Liège*, 1959, p. 448; B. STARCK, *op. cit.*, p. 160, n° 30.

(49) R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 183, n° 17. La fraude se caractérise par la volonté de son auteur de se soustraire, même sans intention de nuire, mais par un moyen approprié, à l'application d'une règle obligatoire. Sur cette notion, voy. G. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Paris, Dalloz, 1957, pp. 59 et s.

(50) M. COIPEL, *op. cit.*, p. 36. La jurisprudence adopte un semblable raisonnement à propos de clauses pénales. A ce sujet, voy. P. WERY, « Abus de droit et clause pénale », note sous Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41.

(51) D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 174, n° 28; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 192, n° 8.

25. – Il convient de remarquer que le type de justification retenue n'est pas sans incidence sur le régime de la solution. En effet, si l'on se réfère à l'interdiction des obligations purement potestatives, on comprend qu'une clause d'exonération soit déclarée inefficace en cas de dol, mais on n'aperçoit pas pourquoi toute clause simplement limitative de responsabilité subirait le même sort : dès lors qu'une condamnation, même réduite, reste possible, le débiteur conserve un intérêt certain à exécuter correctement ses engagements. En revanche, si l'on retient l'explication tirée de l'exigence de bonne foi et de l'abus de droit, on conçoit parfaitement que les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité subissent un traitement identique : en effet, le dol s'oppose, de façon analogue, à la mise en œuvre de toutes les formes de clauses restrictives de responsabilité (52). Un semblable raisonnement pourrait être tenu s'agissant de la justification fondée sur l'adage *fraus omnia corrumpit* : si la fraude est avérée, on peut penser que *tout* est irrémédiablement corrompu.

2. *Une notion controversée*

26. – La notion même de dol est également controversée (53).

Selon une première conception, aujourd'hui abandonnée, la notion est particulièrement étroite : le dol désigne la faute commise dans le but de nuire, de porter préjudice à autrui; il se caractérise par la malveillance ou l'*intention méchante* qui anime l'auteur de l'acte (54).

Pour une partie non négligeable de la doctrine, le dol est un concept large : l'accent est mis sur le seul caractère intentionnel de la faute, à l'exclusion de toute volonté de causer un dommage. Ainsi, pour J. DABIN, une faute est dolosive lorsque son auteur a manqué intentionnellement et sciemment à ses obligations (55).

(52) M. COIPEL, *op. cit.*, p. 37.

(53) Pour un exposé très complet des différentes conceptions du dol, J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1980, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 254 et s., n° 44 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 188 et s., n° 7.

(54) Cf. R.O. DALCQ, *Traité*, n° 284; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 590; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVI, n° 214. Après avoir longtemps prévalu, cette conception du dol semble avoir été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 1911 (*Pas.*, 1911, I, pp. 556 et s., précédé des Concl. du Proc. gén. TERLINDEN).

(55) J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés », *R.C.J.B.*, 1960, p. 18.

Cette opinion est suivie par L. CORNELIS qui estime que, tant en matière contractuelle qu'aquillienne, le dol peut être défini comme la violation volontaire d'une obligation dont on est tenu (56). J.-L. FAGNART se range également à cet avis, considérant par ailleurs qu'un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1980 a tranché en faveur de cette interprétation extensive de la notion de dol (57). Cependant, son analyse de l'arrêt n'a pas convaincu. Ainsi, pour P. VAN OMMESLAGHE, l'arrêt du 28 février 1980 ne saurait fonder une solution de droit commun étant donné qu'il concerne les dispositions spéciales relatives à la garantie des vices cachés due par le vendeur professionnel (58).

27. - Une troisième catégorie d'auteurs adoptent une position intermédiaire. Ils abandonnent toute référence à l'intention de nuire, mais restent attachés à l'idée que l'auteur du dol a voulu les conséquences dommageables de sa faute ou du moins en a eu conscience et a néanmoins persisté dans son comportement. Telle est, en substance, la position du Procureur général HAYOIT DE TERMICOURT et de P. VAN OMMESLAGHE (59).

La Cour de cassation semble avoir pris position en faveur d'une conception plutôt restrictive de la notion de dol, en décidant, dans son arrêt du 27 janvier 1995, que « la circonstance qu'un transporteur a sciemment et volontairement commis une faute et devait savoir que celle-ci était susceptible de causer un préjudice, n'implique pas qu'il a commis un dol au sens de l'article 29.1 de la Convention CMR » (60).

On pourrait déduire de cet arrêt que la notion de dol s'entend de la faute commise sciemment et volontairement *et avec la conscience qu'elle est susceptible de causer un préjudice*. Selon la Cour, la seule faute intentionnelle n'est pas nécessairement dolosive. En outre, il ne paraît pas suffisant non plus de constater que l'auteur d'une faute consciente *devait savoir* qu'elle était susceptible de causer un préjudice. La notion de dol requerrait un élément psychologique

(56) L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *J.T.*, 1981, p. 515, n° 11.

(57) J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement ... », *op. cit.*, spéc. p. 259, n° 52.

(58) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 191, n° 7.

(59) Les juridictions de fond se réfèrent volontiers à cette conception « intermédiaire » du dol. Par exemple, Mons, 6 décembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 249; *J.L.M.B.*, 1996, p. 173; Bruxelles, 20 février 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11264.

(60) Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, p. 92; *J.P.A.*, 1995, p. 99. Il s'agit de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, conclue à Genève le 19 mai 1956 et approuvée par la loi du 4 septembre 1962.

supplémentaire : que la faute volontaire pouvait être à l'origine d'un dommage.

Toutefois, la prudence s'impose quant à l'interprétation de l'arrêt étant donné que, d'une part, la Cour n'a pas saisi l'opportunité pour définir positivement le dol, et, d'autre part, la solution pourrait être limitée à la Convention CMR (61).

Comme l'ont souligné, à juste titre, plusieurs auteurs, la conception restrictive du dol, apparemment privilégiée par la Cour de cassation, rend incertain le sort des clauses restrictives de responsabilité en présence des fautes volontaires qui ne réunissent pas toutes les conditions du dol (62). A s'en tenir à la jurisprudence de la Cour, établie depuis son arrêt du 25 avril 1958 (voy. ci-après, n° 28), on pourrait penser qu'il est permis de s'exonérer des fautes intentionnelles mais non dolosives, ce qui ne paraît pas acceptable.

3. *Quid de la faute lourde ?*

28. - On sait qu'à la suite de la célèbre mercuriale du Procureur général Hayoit de Termicourt (63), la Cour de cassation rejeta, par deux arrêts décisifs (64), l'assimilation de la faute lourde au dol, admise jusqu'alors par référence à l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. Ce faisant, ces arrêts consacraient la validité des clauses exonératoires de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation imputable à la faute lourde, alors qu'il est interdit de s'exonérer de son dol.

Depuis, la Cour de cassation de Belgique a maintenu son refus d'assimiler la faute lourde au dol (65), et confirmé la possibilité de

(61) En ce sens, S. STIJN, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 733, n° 127.

(62) Lire, en particulier, les réflexions de J. DABIN, note précitée, pp. 17-22, de J.-L. FAGNART, note précitée, pp. 254 et s. et de L. CORNELIS, dans sa note précitée, p. 515 et dans ses *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 179, n° 96.

(63) « Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats », *J.T.*, 1957, p. 601.

(64) Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944; Cass., 25 septembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 114, obs. J.-J. ROTHIER; *Bull. Ass.*, 1961, 722; *Pas.*, 1960, p. 113, avec les Concl. de l'avocat général P. MAHAUX.

(65) Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, p. 92; *J.P.A.*, 1995, p. 99; Cass., 7 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 110; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 882; *Pas.*, 1988, I, p. 812; *J.T.T.*, 1989, p. 76, note; Cass. (3^e ch.), 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125. On peut s'étonner de certaines décisions comme, par exemple, Liège, 4 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1373; Liège, 10 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1085, note B. HANOTIAU; Bruxelles, 9 août 1988, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11554.

s'exonérer des suites de sa faute lourde (66). La solution est généralement suivie par les juridictions de fond (67).

29. – Cependant, il convient d'apporter une triple précision, qui atténue sérieusement la portée de la non assimilation en ce qui concerne l'exonération des fautes lourdes.

Pour qu'une clause restrictive de responsabilité puisse effectivement couvrir la faute lourde, encore faut-il que cet effet ait fait l'objet d'une *mention expresse* dans le contrat ou du moins *résulte nécessairement de celui-ci* (68). Cette réserve donne, à elle seule, un tour relativement théorique aux discussions sur le bien-fondé de l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en cas de faute lourde. En effet, pour des raisons évidentes de *marketing*, on voit mal une entreprise inscrire clairement dans ses conditions générales qu'elle exclut sa responsabilité en cas de faute lourde.

Par ailleurs, il s'agit de ne pas perdre de vue la règle de l'interdiction de porter atteinte à des obligations essentielles (*infra*, n° 35).

En outre, l'assimilation reste de mise dans les contrats conclus avec les consommateurs : le « vendeur » ne peut *s'exonérer* ni de son dol, ni de sa faute lourde (art. 32, 11° de la loi du 14 juillet 1991).

30. – Cela étant, comment apprécier le bien-fondé de la non assimilation ? Une chose est sûre : la différence irréductible entre la faute lourde et le dol est que l'élément intentionnel fait défaut dans le cas de la faute lourde, quel que soit son degré de gravité. Il est dès lors exclu de les confondre – de les assimiler par le jeu d'une contestable présomption ou par référence à un adage douteux – tant elles sont éloignées au plan psychologique et moral. Mais rien n'eût empêché de les bien distinguer, tout en les soumettant à un semblable régime juridique (69). Si la qualification de faute lourde est réservée à des manquements réellement impardonnables, l'inefficacité des clauses limitatives ou exonératoires nous paraît s'imposer. Si l'auteur de pareille faute n'a pas sciemment transgressé ses obligations, il n'en a pas moins manqué d'apporter à leur exécution ce minimum de diligence et de soin qu'implique la notion même d'obligation. N'est-il pas normal de le sanctionner, en le privant du droit

d'invoquer à son profit une clause limitative de responsabilité ? Il faudrait voir dans la solution « une illustration des fonctions préventives et répressives de la responsabilité civile » (70), qui n'ont jamais tout à fait disparu et retrouvent même une nouvelle vigueur, après avoir été longtemps éclipsées au profit de la seule fonction indemnitaire (71). Néanmoins, on répète que ces considérations peuvent être relativisées, d'un point de vue pratique, puisqu'après tout les tempéraments exposés plus haut permettent déjà de prévenir la plupart des abus.

31. – De l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence, les termes « faute lourde » et « faute grave » sont synonymes (72). Il est certain aussi que la faute lourde n'est pas une faute volontaire et que son auteur ne veut pas la réalisation du dommage. Au sujet de sa définition, les auteurs se divisent entre ceux qui privilégient une conception subjective de la faute lourde et ceux qui en font une notion objective.

La notion de faute lourde est parfois mise en relation avec la *prévisibilité* (73) ou la *probabilité du dommage*, ou déduite de l'importance du dommage causé (74). Plus souvent, l'accent est mis sur la *gravité du manquement* : « La *culpa lata* est une faute tellement grossière, tellement excessive, qu'elle ne se comprend pas d'une personne raisonnable » (75). Dans le même ordre d'idées, G. VINEY écrit : « La faute lourde peut être déduite de l'importance de la différence existant entre le comportement incriminé et le comportement d'un individu normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait » (76).

L. CORNELIS critique cette conception *subjective* de la faute lourde. Pour lui, l'appréciation de la gravité de la faute, dans le

(70) D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 176, n° 30 et la référence à la thèse classique de B. STARK. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1947. Voir aussi, plus récemment, la thèse de S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995.

(71) Sur ce phénomène et certaines de ses manifestations, voy. notre étude, « La responsabilité civile des médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 127-132, et les références citées à la note 118.

(72) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, t. X, n° 921 ; L. CORNELIS, « La faute lourde... », *op. cit.*, p. 513.

(73) C. RENARD, *op. cit.*, p. 449.

(74) Voy. les réf. citées par L. CORNELIS, « La faute lourde... », *op. cit.*, p. 513, note 15.

(75) H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 591bis.

(76) G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 611.

(66) Cass., 22 septembre 1979, précité.

(67) Par exemple, Bruxelles, 7 novembre 1979, *R.W.*, 1980-1981, col. 259.

(68) Cass., 22 septembre 1979, précité, confirmant Mons, 15 septembre 1977, *J.C.B.*, 1979, p. 218.

(69) Rapp. J. DABIN, *op. cit.*, p. 20.

cadre de la responsabilité extra-contractuelle, se fait en confrontant le comportement litigieux à des règles de comportement qui sont considérées comme essentielles pour le maintien de l'ordre social existant (77). Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le comportement incriminé est mis en relation avec des normes de comportement jugées essentielles par les parties au contrat. La faute lourde contractuelle bouleverse l'économie du contrat : il s'agit de la méconnaissance d'une obligation essentielle, qui touche à l'essence du contrat. Ces propositions de L. CORNELIS ont été suivies par certaines juridictions (78).

Ainsi, selon cet auteur, la détermination des règles essentielles dont la violation constitue une faute lourde, se fait dans tous les cas, indépendamment de la personnalité de son auteur : il s'agit d'une appréciation exclusivement objective. Il y aurait donc lieu de rejeter l'idée selon laquelle la faute lourde va de pair avec une plus grande imputabilité au sens où la constatation d'une faute lourde justifierait un réel reproche alors que la faute simple n'aurait pas cette portée.

On se demande néanmoins si ces considérations ne sont pas excessivement théoriques. Est-il possible et souhaitable que le juge s'abstienne de tenir compte des facteurs d'ordre subjectif évoqués ci-avant pour conclure à la gravité de la faute commise ? Nous ne le pensons pas. On s'interroge aussi sur le sort des clauses d'exonération de responsabilité en cas de transgression – jugée « grave » par le sens commun – d'obligations non essentielles ?

4. L'exonération du dol et de la faute lourde des agents d'exécution et préposés

32. – La jurisprudence admet, de longue date, que le débiteur s'exonère des fautes lourdes ou même dolosives des personnes dont il répond : agents d'exécution ou préposés (79).

En abordant cette question, il importe avant tout de réaliser la portée considérable de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. En effet, il est clair que, dans la vie économique, la plupart des obligations contractées par les personnes morales sont exécutées,

habituellement, par des préposés (employés ou ouvriers) ou des sous-traitants. Ainsi, nombre de débiteurs contractuels peuvent, en pratique, se dégager de toute responsabilité alors même qu'une faute lourde ou dolosive aurait été commise dans l'exécution des engagements contractuels, sous réserve de ne pas réduire à néant l'obligation contractée (80) (*infra*, n° 35). Cette situation de quasi immunité est aggravée, pour ainsi dire, par la jurisprudence persistante de la Cour de cassation, inaugurée par le célèbre arrêt du 7 décembre 1973, sur « l'immunité des agents d'exécution », dont il résulte que, pratiquement, la responsabilité de ces derniers ne peut être mise en cause, ni sur le plan contractuel, ni sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil, sauf à prouver que la faute constitue la violation, *non* de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous, et que cette faute a causé un autre dommage que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (81).

Si l'on s'estime en devoir de distinguer la faute des préposés ou agents d'exécution et celle du débiteur contractuel, la solution de la Cour de cassation peut se comprendre. On ne voit pas les raisons pour lesquelles la responsabilité contractuelle pour autrui intéresserait l'ordre public en sorte qu'il ne serait jamais licite de s'en dégager. S'il est permis de s'exonérer de ses fautes légères, voire lourdes, *a fortiori* doit-on pouvoir se dégager des mêmes fautes commises par ses agents d'exécution ou préposés (82). Quant à l'exonération pour les fautes dolosives des agents et préposés, elle paraît en tout cas moins choquante que celle du dol personnel. Si cette interdiction est justifiée par référence à la prohibition de l'engagement sous une condition purement potestative ou à l'adage *fraus omnia corrumpit*, il peut sembler effectivement logique de considérer qu'elle ne s'étend pas au dol des préposés et agents d'exécution. En effet, la faute intentionnelle de ces derniers n'implique pas la commission d'un dol dans le chef du débiteur responsable, pas plus qu'elle n'im-

(80) Sur cette réserve, voy. en particulier les conclusions de l'Avocat général P. MAHAUX précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, pp. 113 et s.

(81) *Cass.*, 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 967. Sur cette jurisprudence, on lira, parmi une bibliographie abondante, l'étude récente de P. WÉRY, « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », in *Droit de la responsabilité*, C.U.P., vol. X, 1996, pp. 11-58, spéc. les chap. I et II, et les réf.

(82) Pour qui adhère à la thèse de la représentation (voir ci-après), il serait logique d'estimer que le débiteur ne peut s'exonérer de sa responsabilité en cas de dommage dû à la faute lourde de son agent ou préposé que si cette éventualité a été expressément prévue au contrat.

(77) *Principes*..., *op. cit.*, p. 173, n° 94; *Idem.*, « La faute lourde... », *op. cit.*, p. 514, n° 6.

(78) Par exemple, Liège, 6 février 1996, *J.T.*, 1996, p. 524, note B. DURUISSON.

(79) *Cass.*, 28 juin 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 211; *Cass.*, 25 septembre 1959, précité.

plique un engagement purement potestatif ou une fraude de sa part (83).

33. – Bien que fermement établie dans la jurisprudence de la Cour de cassation et approuvée par d'éminents auteurs, la solution semble pourtant illogique et, en définitive, choquante. Elle est critiquée par une frange imposante de la doctrine (84). Ainsi, J. DABIN a fait valoir que la faute des agents d'exécution ou préposés doit être assimilée à celle du débiteur contractuel au motif que les premiers « représentent » leur patron dans l'exécution du contrat. Il s'ensuit que le traitement des clauses d'exonération pour faute des agents et préposés ne saurait être différent de celui appliqué aux clauses d'exonération pour faute personnelle. Cette explication, à laquelle semblent se rallier plusieurs auteurs (85), ne convainc pas. Elle conduit à répudier le principe de la responsabilité contractuelle pour autrui, en ramenant cette dernière à une responsabilité du fait personnel (86).

Là réside précisément le nœud de la question. En effet, l'existence d'un principe général de responsabilité contractuelle pour autrui ne s'impose qu'à condition de considérer que la responsabilité contractuelle est toujours subjective et qu'elle passe nécessairement par l'imputation d'une faute personnelle (87). Cette conception – guidée par une vision unitaire de la responsabilité – résulte de l'importation dans le champ contractuel d'une exigence qui prévaut en matière extra-contractuelle. Or, le Code civil semble retenir une autre conception, inscrite dans l'article 1147 : l'inexécution de l'obligation contractuelle suffit en principe à engager la responsabilité du débiteur, à moins qu'il parvienne à rapporter la preuve d'une cause étrangère. Il importe peu, en définitive, que le débiteur exécute lui-même ses obligations ou les fasse exécuter par un tiers. Il reste, en effet, personnellement tenu à l'exécution intégrale de ses obligations, même s'il en a confié l'accomplissement, en tout ou en partie,

à un tiers (88). En d'autres termes, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, loin d'être un concept autonome, apparaît comme un simple cas de responsabilité *personnelle* du débiteur principal. Ce dernier engage sa responsabilité en cas d'inexécution imputable à l'agent d'exécution *exactement comme s'il avait été lui-même en défaut d'exécution* (89).

Les limitations de responsabilité s'appliquent pareillement que l'inexécution soit due au fait du débiteur principal ou au fait d'un substitut ou agent d'exécution. Ainsi en est-il, singulièrement, des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité prévues dans le contrat principal, qui peuvent être opposées par le débiteur à son cocontractant même lorsque l'inexécution est imputable à un agent d'exécution. Conformément au principe de symétrie, selon lequel le débiteur principal doit être traité comme s'il avait agi lui-même, les restrictions à l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité couvrant le fait personnel affectent de la même façon les clauses couvrant le fait d'autrui figurant dans le contrat principal. Par identité de motif, on devrait admettre que le débiteur principal ne peut valablement s'exonérer du dol de ses préposés et agents d'exécution, de la même manière qu'il ne lui est pas permis de s'exonérer de son dol personnel (90).

En tout état de cause, la justification par l'abus de droit évoquée précédemment a, ici aussi, le mérite de donner lieu à un régime d'ensemble cohérent et plus satisfaisant que la solution actuelle de la Cour de cassation : en effet, « il est tout aussi abusif de la part du débiteur de prétendre bénéficier d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité lorsque le dol émane des agents d'exécution qui sont sous son contrôle que lorsqu'il est imputable à lui-même » (91). L'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions s'oppose à ce que le débiteur puisse échapper à sa responsabilité en se retranchant derrière la circonstance que le dol n'est pas son propre fait, mais celui d'une personne dont il est censé répondre

(83) En ce sens, P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, pp. 192-193, n° 9.

(84) J. DABIN, *op. cit.*, p. 26; R. KRUTHOF, *op. cit.*, pp. 184-185, n° 18; E. DIRIX, « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, pp. 1181-1185.

(85) M. COPEL, *op. cit.*, p. 38; D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 177, n° 32; P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, pp. 417-422, spéc. n° 6.

(86) Ce que semble reconnaître P.-H. Delvaux, étude précitée, p. 418, n° 6.

(87) B. DUBUISSON, « Questions choisies ... », *op. cit.*, p. 137, n° 46. On s'inspire également de cet auteur pour la suite du développement (voir pp. 135 et s.).

(88) En ce sens, Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *R.T.D.Civ.*, 1997, pp. 324-355.

(89) A cet égard, tout dépend de la nature de l'obligation inexécutée. Si celle-ci est de moyens, la responsabilité du débiteur principal sera engagée seulement si le créancier démontre que l'agent n'a pas apporté à l'exécution du contrat toute la diligence requise. Si, au contraire, l'obligation est de résultat, il suffira au créancier d'établir que le résultat promis n'a pas été atteint.

(90) Cf. B. DUBUISSON, « Questions choisies ... », *op. cit.*, p. 152, n° 64.

(91) M. COPEL, *op. cit.*, p. 39.

(comp. *supra*, n° 24). Un arrêt de la Cour d'appel de Gand mérite à cet égard d'être mentionné. Après avoir rappelé le principe, critiquable, selon lequel « une partie peut contractuellement se décharger des suites d'une faute dolosive non d'elle-même, mais de ses employés », la Cour a estimé qu'en l'espèce pareille décharge était contraire aux exigences de la bonne foi et, partant, devait être réputée non écrite (92).

34. – Il convient de préciser que la solution de droit commun est écartée dans le contexte des contrats conclus avec les consommateurs. En effet, la loi du 14 juillet 1991 dispose, en son article 32, 11°, qu'est abusive, et donc nulle, la clause qui a pour objet de « libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires ».

On ne peut manquer d'observer combien cette disposition est, à un triple titre, maladroitement rédigée (93). Tout d'abord, si l'on s'en tient à une lecture littérale des termes, elle ne vise que les clauses d'exonération (totale) de responsabilité et non les clauses limitatives de responsabilité. Ensuite, elle ne semble pas tenir pour abusives les clauses par lesquelles le « vendeur » s'exonère du dol de ses préposés ou mandataires. Il s'agit vraisemblablement d'une inattention du législateur car il n'est évidemment pas conforme au bon sens qu'un débiteur puisse s'exonérer de la faute dolosive de ses préposés ou mandataires, mais non de la faute lourde commise par ces derniers. Enfin, on doute que les agents d'exécution soient visés par les vocables « préposés » et « mandataires ». Le législateur aurait été mieux inspiré en recourant à une expression plus large. La Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, dont les travaux ont été clôturés en 1995, formule diverses propositions pour remédier aux déficiences de l'article 32, 11° (94). On peut regretter que la récente loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 n'en ait tenu aucun compte.

L'atteinte portée à l'essence du contrat

1. Position de la question

35. – Dans son arrêt, déjà cité, du 25 septembre 1959, la Cour de cassation a considéré qu'« en dehors des cas où la loi en dispose autrement et de celui où l'obligation contractée en serait anéantie, les parties à un contrat peuvent valablement convenir d'avance que le débiteur ne répondra pas de la faute, même intentionnelle, de ses préposés ». Cet arrêt reconnaît, on l'a vu, la possibilité pour le débiteur de s'exonérer des fautes de ses préposés, sous réserve, il convient de le noter, de l'interdiction d'anéantir l'obligation contractée. Il ne fait pas de doute que cette prohibition concerne également l'exonération des fautes personnelles.

Le fondement de la règle fait l'objet d'une controverse doctrinale. La référence à l'interdiction des engagements purement potestatifs souffre les mêmes inconvénients que pour le dol (95). La justification selon laquelle la clause serait nulle pour contrariété à l'ordre public (art. 6 C. civ.) lorsqu'il est porté atteinte à des obligations essentielles (96) n'emporte pas l'adhésion. Dès lors que les obligations jugées essentielles ne concernent que des intérêts privés, on ne voit pas en quoi leur violation serait en soi constitutive d'une atteinte à l'ordre public (97).

On comprend qu'un débiteur puisse ne pas répondre de l'inexécution d'obligations non essentielles, qu'il aurait pu ne pas assumer. Par contre, on conçoit mal qu'il écarte toute responsabilité en cas de méconnaissance d'un engagement *essentiel* du contrat. En pareil cas, l'affaiblissement du lien contractuel est, par hypothèse, intolérable puisque l'obligation concernée est véritablement essentielle. Après avoir pratiquement vidé le contrat de sa substance, comment pourrait-il prétendre invoquer à son profit la loi contractuelle ? Ici, comme ailleurs, la bonne foi s'y oppose.

36. – On observera néanmoins que l'interdiction visée ne devrait pas nécessairement concerner les clauses *seulement* limitatives de

(92) Gent, 4 juin 1986, *Computerv.*, 1986/4, p. 265 ; *Dr. inform.*, 1987/1, p. 58.

(93) Cf. T. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, Publication du Ministère des Affaires économiques, 1995, p. 164.

(94) *Ibidem*, p. 164 et p. 396.

(95) L'explication vaut seulement en matière contractuelle ; elle conduit à l'annulation de toute la convention (art. 1174 et 1172 C. civ.). En outre, elle perd de vue l'interdiction de l'exonération du dol : le débiteur n'est jamais autorisé à commettre des fautes volontaires, par conséquent on ne peut prétendre que la clause aurait pour effet de priver le contrat d'objet.

(96) R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 189, n° 21 ; M. COPEL, *op. cit.*, p. 42.

(97) En ce sens, P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, p. 197, n° 11.

responsabilité (par exemple, une clause de force majeure ou un plafonnement de la responsabilité) : en effet, elles ne constituent pas une permission donnée au débiteur de commettre des fautes de négligence dans l'exécution puisqu'en ce cas, le débiteur n'échapperait pas à toute sanction (comp. *supra*, n° 25) (98).

2. Aperçu de la jurisprudence

37. – De manière constante, la jurisprudence déclare inefficaces les clauses exonératoires de responsabilité qui ont pour effet de « détruire l'objet du contrat » ou, suivant une terminologie fluctuante, qui portent atteinte « à une obligation essentielle du contrat » ou « à l'économie du contrat », ou « privent le contrat de toute signification », ou sont contraires « à l'essence même du contrat », ou encore « vident la convention de sa substance (99) ». Jusqu'il y a peu, la loi du 14 juillet 1991 confirmait le principe dans les relations entre vendeurs professionnels et consommateurs, en tenant pour abusives, et partant nulles, les clauses qui ont pour objet de libérer le vendeur de sa responsabilité « du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat » (art. 32, 11°, *in fine*). Depuis la récente réforme de la réglementation des clauses abusives, ce critère n'est plus, comme tel, de mise (*infra*, n° 43).

En pratique, il n'est pas facile d'évaluer si une clause restrictive de responsabilité ôte toute utilité économique au contrat, vide celui-ci de sa substance (100). La détermination de ce qui fait partie de l'essence d'une convention est une question d'espèce laissée à l'appréciation du juge du fond. Ce dernier veillera à identifier les obligations essentielles du contrat (dans l'intention des parties ou compte tenu de la nature de celui-ci) afin de vérifier si la clause d'exonération porte atteinte à l'une d'elles. Si tel est le cas, force sera d'ad-

(98) Pour un plus ample développement, M. COPEL, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

(99) Pour de multiples références à la jurisprudence récente, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *P.*, *op. cit.*, p. 733, n° 128. Ajoutez les décisions citées aux notes suivantes.

(100) En témoigne la diversité des solutions apportées par diverses juridictions ayant eu à se prononcer sur la même clause d'exonération insérée dans les conditions générales de la société Promédia qui publie les « pages d'or » des annuaires téléphoniques. Rapp. Mons, 13 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 163; Comm. Bruxelles, 12 juillet 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1437; Liège, 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994/8, p. 702; Liège (7° ch.), 13 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 98; Liège (7° ch.), 25 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 520, note P.H.; Liège (7° ch.), 17 octobre 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4-5, p. 354. A propos de la clause par laquelle un établissement chargé du développement de films décline toute responsabilité en cas de perte ou de détérioration, comp. Comm. Bruxelles, 15 juin 1961, *R.G.A.R.*, 1961, 7072 et Bruxelles, 22 janvier 1993, *R.G.A.R.*, 1995, 12491.

mettre qu'elle contredit l'essence du contrat (101). En revanche, si seule une obligation « accessoire », c'est-à-dire non essentielle, est affectée par la clause, cette dernière ne sera pas invalidée (102).

38. – Ainsi, on peut retenir d'un intéressant arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1987 que la qualification d'une ou de plusieurs obligations en des obligations de résultat ne signifie pas nécessairement qu'elles s'analysent en des obligations essentielles du contrat (103). En l'espèce, la Cour a estimé qu'il n'était pas contradictoire d'affirmer, à propos d'une société d'électricité, d'une part, « qu'en ce qui concerne la continuité et la régularité du service qu'elle assume, ses obligations sont des obligations de résultat » et, d'autre part, que les obligations de la défenderesse consistent « essentiellement à fournir le courant aux abonnés ». Il en résulte qu'en donnant effet à la clause d'exonération de responsabilité (104), après avoir souligné que l'obligation essentielle de la défenderesse consistait à « fournir le courant à ses abonnés » et avoir ainsi considéré implicitement que ladite clause ne détruisait pas l'objet de l'engagement, le jugement, qui n'est pas entaché de contradiction, ne viole aucune des dispositions légales invoquées par le demandeur.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Mons tient un raisonnement différent, en donnant raison au demandeur de souligner que reconnaître, d'une part, qu'on s'est obligé à respecter un préavis, mais prétendre, d'autre part, bénéficier d'une exonération totale de responsabilité en cas de violation de cette obligation, procède d'une mauvaise foi flagrante puisque, du fait de cette exonération, l'obligation de respecter un préavis serait dépourvue de tout objet et de toute portée utile (105). La Cour estime qu'une interprétation et une application de bonne foi du contrat implique de ne pas vider de

(101) Par exemple, Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. LEJEUNE; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47; J.P. Liège (2° canton), 8 mars 1979, *B.A.*, 1980, p. 139; Comm. Tongres, 13 janvier 1977, *J.C.B.*, 1977, 1, 401; Comm. Bruxelles, 15 décembre 1972, *J.C.B.*, 1973, p. 351.

(102) Civ. Liège, 29 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 275; Comm. Liège, 8 mars 1978, *J.L.*, 1978, p. 36.

(103) Cass. (3° ch.), 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, 1, p. 347. Dans le même sens, Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, 11939.

(104) Soit l'article 6 des conditions générales, aux termes duquel la société d'électricité est exonérée de toute responsabilité en cas notamment d'interruption ou d'irrégularité de la fourniture. Selon l'article 2 des conditions générales, ces inconvénients éventuels sont liés à des circonstances fortuites ou exceptionnelles et toujours limitées au minimum. Par conséquent, on peut estimer effectivement que la clause d'exonération ne porte pas atteinte à l'essence du contrat puisqu'elle ne pourrait justifier un refus du débiteur d'exécuter ses obligations consistant essentiellement à fournir le courant à ses abonnés.

(105) Mons (1° ch.), 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635.

toute substance l'article 11, qui prévoit la tacite reconduction du contrat pour une période indéterminée « à moins que l'une des parties n'y mette fin moyennant un préavis de six mois minimum... ». Cet arrêt paraît, *a priori*, contestable dans la mesure où l'obligation affectée par la clause d'exonération peut difficilement s'analyser en une obligation essentielle du contrat.

39. – D'autres juridictions font pareillement preuve d'une moindre exigence, formellement en tout cas, et n'hésitent pas à annuler une clause au seul motif qu'elle a pour conséquence de « vider le contrat d'une *bonne partie* de sa substance » (106), ou encore de « vider l'obligation de tout contenu » (107). On observe donc que la jurisprudence tend à faire application du principe à propos de stipulations dont le caractère essentiel est douteux. Cette orientation ne nous paraît pas heureuse car difficile à justifier. Comment tenir que le contrat est vidé de sa substance ou privé de toute utilité économique lorsque le relâchement du lien obligatoire concerne des obligations secondaires ?

Si l'on accepte de qualifier comme faute lourde la violation caractérisée (108) de telles obligations, s'ouvre alors une voie plus indiquée pour conduire à l'invalidation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

A moins d'adopter une solution moyenne plus nuancée, en distinguant les clauses exonératoires et les simples clauses limitatives de responsabilité (ex. : un plafonnement du montant des indemnités). Ainsi, on pourrait considérer que les clauses d'exonération *totale* de responsabilité portant atteinte à une *quelconque* obligation – accessoire, le cas échéant – doivent toujours être tenues pour nulles et non écrites, quand bien même elles n'aboutiraient pas à « vider le contrat de sa substance ». En revanche, les simples limitations de responsabilité seraient autorisées, quant à elles, aux conditions du droit commun (comp. *infra*, n° 43).

(106) Par exemple, Comm. Bruxelles, 24 septembre 1986, *R.G.A.R.*, 1988, n° 11387.

(107) Par exemple, Civ. Bruxelles, 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN; Bruxelles, 9 août 1988, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11554; Bruxelles, 29 mai 1991, *Entr. et dr.*, 1994, p. 232.

(108) Non pas volontaire, bien entendu, mais procédant d'une négligence ou omission, ou d'un défaut de prévoyance ou de précaution, réellement impardonnable.

D. – Le régime des clauses abusives

1. Considérations générales

40. – Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, le droit belge dispose d'une réglementation des clauses abusives protectrice des consommateurs (109). Cette loi vient récemment d'être modifiée par une loi du 7 décembre 1998 (110), de manière à compléter la mise en œuvre de la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (111). Pour mémoire, la loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales (112) assure déjà, pour sa part, la transposition de la directive dans ce secteur, qui est exclu du champ d'application de la loi sur les pratiques du commerce.

Le législateur belge a choisi d'adopter des dispositions plus strictes que celles de la directive européenne, assurant ainsi un niveau de protection plus élevé au consommateur : en effet, toutes les clauses contractuelles sont concernées par la réglementation des clauses abusives, c'est-à-dire non seulement celles figurant dans les contrats d'adhésion (comme préconisé par la directive), mais aussi toutes celles qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle (113). Par ailleurs, la loi belge comprend une « liste noire » de clauses bien spécifiées (art. 32) tenues d'office pour nulles et interdites, alors que l'approche de la directive est différente : celle-ci se borne à définir le principe général et à renvoyer, pour le reste, à une annexe contenant une « liste indicative et non exhaustive de clauses qui *peuvent* être déclarées abusives » (114). En d'autres termes, la liste (indica-

(109) Parmi une bibliographie abondante sur le sujet, J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, pp. 585-599; A. THILLY, *La protection des intérêts économiques des consommateurs. Les clauses abusives*, Guide juridique de l'entreprise, 2^e éd., Livre 109, Kluwer, 1996; P. WOLFGANG, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et l'information*, 1991, pp. 259-340. Ajoutez les études citées plus loin.

(110) *M.B.*, 23 décembre 1998, p. 40703.

(111) *J.O.C.E.*, 21 avril 1993, N° L 95/29.

(112) *M.B.*, 30 mai 1997.

(113) Lire l'article 3 et le considérant n° 12 de la directive.

(114) Cf. l'article 3 et le considérant n° 17 de la directive.

tive et non exhaustive) est devenue une liste normative et limitative. Il en résulte que le juge dispose d'une liberté d'appréciation réduite à l'égard des clauses absolument identiques à celles reprises sur la liste noire. Il faut toutefois nuancer en observant que, d'un point de vue pratique, il ne peut se passer d'apprécier et d'interpréter, de quelque manière, les clauses inscrites dans les contrats pour vérifier si elles correspondent aux hypothèses reprises dans l'article 32 (115). En outre, il jouit d'une large liberté d'appréciation pour évaluer le caractère abusif des clauses sur pied de l'article 31.

De toute façon, il convient de souligner l'étroitesse du domaine d'application de la réglementation des clauses abusives. Celle-ci ne concerne pas le vaste champ des rapports entre professionnels (116). En effet, le bénéfice de ces dispositions est réservé au seul *consommateur*, étant entendu comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou services mis sur le marché » (art. 1^{er}, 7). Cela signifie, pratiquement, qu'un professionnel agissant *qualitate qua* ne pourra jamais être considéré comme un consommateur au sens de la loi sur les pratiques du commerce » (117).

41. – Par clause abusive, il faut entendre, aux termes de l'article 31 (devenu l'art. 31, § 1), « toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ». Cette disposition permet ainsi au juge d'annuler une clause non

(115) A noter qu'il suffit au juge de constater qu'une clause figure dans la liste noire établie par cette disposition, sans devoir examiner si la clause concernée crée, dans le cas d'espèce, un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. Cf. J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, pp. 681 et s., spéc. p. 689, n° 43.

(116) Dans les travaux préparatoires de la loi du 7 décembre 1998, le ministre confirme cette interprétation (cf. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1565/3-97/98, p. 8). L'hésitation était permise dans la mesure où la formulation de l'art. 31 – à la différence de celle de l'art. 32 – ne comprend pas de référence explicite aux conventions entre un vendeur et un *consommateur*. La circonstance que les articles 31 et 32 figurent dans le chapitre V intitulé « Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services au consommateur » conforte aussi la thèse de l'exclusion des contrats conclus entre professionnels du domaine de la section 2 consacrée aux clauses abusives. En ce sens, F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1996, pp. 219-240, n° 23.

(117) E. DIRIX, « De bezwarende bedingen in de W.H.P. », *R.W.*, 1991-1992, p. 595, E. Sur la délicate question de la définition du consommateur, voy. T. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Coll. Droit et Consommation, XVI, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 53, n° 20.

reprise à l'article 32, lorsqu'elle entraîne un déséquilibre manifeste (118). Il va sans dire que cette disposition constitue une arme redoutable pour combattre nombre de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Elle accorde au juge un pouvoir certain de contrôle sur le contenu des contrats. D'autant que la notion de « déséquilibre manifeste » semble assez fuyante et se prête à une interprétation subjective.

L'article 2 de la loi du 7 décembre 1998 est censé fournir des précisions supplémentaires (voir en particulier le nouveau § 3 introduit dans l'art. 31), invitant le juge à tenir compte, dans son appréciation, « de la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat » et à « se référer, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ». On peut se demander si cette disposition, formulée de façon peu élégante (119), apporte quelque lumière. La question reste entière : comment apprécier concrètement le déséquilibre manifeste ?

42. – Deux tendances semblent se manifester en doctrine (120). La première suggère de procéder par comparaison entre les clauses contractuelles litigieuses et le régime de droit supplétif applicable en l'absence de telles clauses. Le juge aurait à évaluer si les clauses dérogatoires placent ou non le consommateur dans une position clairement déraisonnable par rapport à celle qui lui est réservée par le droit commun. Selon une autre opinion, plus largement partagée (121), l'équilibre du contrat doit être apprécié moyennant une mise en balance des obligations réciproques des parties, et ce, à la lumière des notions de bonne foi, d'abus de droit ou d'équité. En tout état de cause, d'une part, le déséquilibre ne peut se déduire d'une simple disproportion entre la valeur économique des prestations réciproques (art. 31, § 3, alinéa 2) et, d'autre part, il doit être manifeste. Cet adjectif renvoie à la méthode du « contrôle margi-

(118) Dès lors qu'il constate le caractère abusif d'une clause, il doit l'annuler, sans pouvoir opter pour d'autres sanctions comme auparavant (cf. la nouvelle formulation de l'art. 33).

(119) Il s'agit, en réalité, de la transposition littérale de l'art. 4 de la directive.

(120) Cf. I. BANMEYER, « La loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, les clauses exonératoires et le pouvoir du juge », *R.R.D.*, 1998, p. 22, et les réf. : A. THILLY, *op. cit.*, p. 13, et les réf.

(121) T. BOURGOIGNIE, « La protection des intérêts économiques des consommateurs. Les clauses abusives », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Livre 109.1, Kluwer, 1999, p. 19 et les réf. citées.

nal » : le juge ne peut constater un déséquilibre que si tout juge prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aboutirait à une telle conclusion (122).

N'ayant pas repéré de décisions de justice faisant application de l'article 31 (pris isolément), il est difficile, au moment où nous écrivons ces lignes, de nous faire une idée sur la manière dont il sera mis en œuvre par les cours et tribunaux. On ne peut davantage évaluer dans quelle mesure il contribuera à un salubre assainissement des contrats. Les dispositions de l'article 32 plus particulièrement relatives à la responsabilité ont, pour la plupart, déjà été évoquées dans nos développements antérieurs. La jurisprudence, elle, n'en offre guère de cas d'application (123). Il faut dire qu'elles ne constituent, majoritairement, que des confirmations du droit commun (*supra*, n° 24, n° 28 et n° 35) (124). D'ailleurs, les tribunaux se réfèrent encore régulièrement aux solutions antérieures, sans même faire allusion à la réglementation des clauses abusives (125).

Reste à faire brièvement état des nouvelles hypothèses ajoutées à l'article 32 par la récente loi du 7 décembre 1998 (126).

2. Les clauses ajoutées à la « liste noire » par la loi du 7 décembre 1998

43. – Seules deux prohibitions particulières, qui touchent directement à la responsabilité, retiendront notre attention (127).

L'article 32, 22bis (nouveau) (128) tient pour abusives les clauses qui ont pour objet « d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du

(122) Parmi d'autres, E. DIRIX, « Bezwarende Bedingen », *D.A.O.R.*, 1992, p. 36.

(123) Voy. cependant Mons. 26 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 433 (L'obligation du bailleur de délivrer au preneur la chose louée conformément à l'art. 1719 C. civ. étant une obligation essentielle du contrat de bail, la Cour déclare abusive, en vertu de l'art. 32, 11° (*in fine*), la clause d'exonération figurant dans un contrat de bail). Voir le commentaire de cet arrêt par I. BAN MEYER, *op. cit.*, pp. x9 28.

(124) En réalité, on trouve surtout des décisions relatives à des clauses pénales abusives (en particulier, des applications de l'article 32, 15°, qui prévoit une condition de réciprocité en matière de clauses indemnitaires).

(125) Par exemple, Bruxelles, 7 mars 1996, *R.G.A.R.*, 1997, p. 12871 (clause exonératoire de toute responsabilité rédigée en termes tout à fait généraux jugée inefficace dès lors qu'elle supprime l'objet même du contrat).

(126) A cet égard et sur ce qui précède aussi, voy. l'étude récente de S. STIJNS, « De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de wet van 7 december 1998 », *R.D.C./T.B.H.*, 2000, pp. 148-168.

(127) Cf. aussi M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Kluwer, 1999, n° 287.

(128) Cette disposition introduite par la loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur a été

vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce vendeur ».

Cette interdiction déborde le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux (*supra*, n° 23), puisqu'elle concerne également l'immense variété des contrats de services conclus avec les consommateurs. En excluant tout type de limitation – y compris, par exemple, le simple plafonnement des indemnités –, cette disposition innove assurément par rapport au droit commun.

L'article 32, 27 (nouveau) interdit les clauses visant à « exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du vendeur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le vendeur d'une quelconque de ses obligations contractuelles ».

Cette disposition abolit la distinction, introduite par la jurisprudence en matière civile, entre obligations essentielles et obligations « non essentielles » (*supra*, n° 35). Désormais, dans les contrats conclus avec les consommateurs, les clauses exonératoires de responsabilité portant atteinte à une quelconque obligation contractuelle du vendeur sont interdites et nulles. Il est à noter que la solution est en contradiction avec le libellé de l'article 32, 11, *in fine*, de la loi du 14 juillet 1991 (129). En revanche, les limitations de responsabilité sont autorisées, pourvu qu'elles soient « appropriées ». On devine qu'il appartient maintenant à la jurisprudence de donner des contours plus précis à ce critère pour le moins flou. On peut d'ailleurs se demander si une disposition aussi vague a bien sa place dans le cadre de la liste de l'article 32.

E. Les effets des clauses à l'égard des tiers

1. Généralités

44. – Conformément à l'article 1165 du Code civil, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, sans pouvoir profiter aux tiers, ni leur nuire.

remplacée à nouveau par l'article 9 de la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991, *M.B.*, 23 juin 1999.

(129) On peut regretter que la finale de cette dernière disposition n'ait pas été expressément abrogée par la loi du 7 décembre 1998 : ce genre d'oubli ne contribue pas à la lisibilité des textes de loi.

Le principe de la relativité des conventions fait obstacle à ce qu'un tiers responsable envers l'une des parties à un contrat puisse invoquer à son profit la clause restrictive de responsabilité convenue entre elles. Par exemple, si des biens ont été endommagés par suite d'une faute d'un tiers, l'expéditeur pourrait mettre en cause la responsabilité délictuelle du tiers pour obtenir réparation du préjudice subi, sans que ce dernier puisse se prévaloir de la limitation de responsabilité figurant dans le contrat de transport (130). Rien n'empêche la victime d'agir à la fois en responsabilité aquilienne contre le tiers et en responsabilité contractuelle contre son cocontractant. Dans ce cas, les deux défendeurs pourraient être tenus *in solidum* à l'égard de la victime. Si elle choisit de s'adresser au débiteur contractuel, celui-ci pourra invoquer la clause restrictive de responsabilité présente dans la convention conclue avec la victime. Au besoin, cette dernière pourra réclamer au tiers un complément de réparation. Si elle s'adresse au tiers coresponsable, elle obtiendra réparation selon les règles de la responsabilité aquilienne et le tiers ne pourra tirer parti de la convention de responsabilité.

45. – En sens inverse, les clauses restrictives de responsabilité sont, en principe, inopposables aux tiers. Lorsque la violation d'un contrat cause un préjudice à un tiers, celui-ci dispose d'une action en responsabilité extra-contractuelle contre le contractant auteur du fait dommageable. En effet, de longue date, pour atténuer la rigueur de l'article 1165 du Code civil, on distingue, parmi les conséquences d'un contrat, les « effets internes », qui ne concernent, en principe, que les parties, et les « effets externes », qui sont opposables aux tiers (131). Il en résulte que, sans pouvoir exiger l'exécution d'un contrat, un tiers est néanmoins autorisé à s'en prévaloir, *en tant qu'élément de fait*, pour en déduire certaines conséquences juridiques le concernant. Ainsi, il est admis qu'un même fait peut constituer à la fois une transgression du contrat préjudiciable au contractant et une faute aquilienne susceptible de nuire au tiers et qu'en ce cas, ce dernier dispose d'une action extra-contractuelle.

(130) J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Conventions de responsabilité », *Juris-Classeur*, v° Contrats – Distribution, Fasc. 155, 1988, p. 22, n° 138.

(131) Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272. A ce sujet, voy. M. FONTAINE, « Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 40-66.

Dans le cadre de l'action *ex delicto*, le défendeur peut-il se prévaloir d'une clause restrictive de responsabilité à laquelle le tiers est étranger? A cet égard, il convient de distinguer deux espèces de cas (132).

46. – Dans le premier, par hypothèse, la violation du contrat n'est pas l'élément déterminant du dommage subi par le tiers, qui est d'abord et avant tout victime d'un acte illicite en soi (négligence, imprudence, impéritie...). Autrement dit, pour reprendre une heureuse formulation de J. LIMPENS, la violation du contrat est un *élément purement adventice* de la responsabilité aquilienne du contractant. Il en découle qu'aucun élément du contrat ne peut être invoqué, à titre d'exception, par le défendeur à l'action. En particulier, les conventions de responsabilité sont inopposables au tiers. La solution est parfaitement logique, dès lors que l'action aquilienne dirigée contre le contractant s'appuie, non pas sur l'inexécution du contrat, mais sur la preuve du manquement du défendeur à l'obligation générale de prudence s'imposant à chacun et à l'égard de tous.

47. – Dans un second cas, le tiers n'est pas tant victime d'un acte illicite « en soi » que de l'inexécution du contrat en tant que tel. Le contrat apparaît donc ici comme un *élément essentiel* de la responsabilité aquilienne du contractant à l'égard du tiers. L'hypothèse envisagée est qu'un contractant cause préjudice à un tiers en contrevenant, non à une disposition légale particulière, ni, à première vue, au devoir général de prudence, mais uniquement à la loi du contrat. Les rares auteurs qui se sont penchés sur ce problème n'excluent pas que le tiers puisse faire grief au contractant défaillant d'avoir lésé le droit du premier en méconnaissant des engagements purement contractuels (133). D'après eux, et en substance, il

(132) Cf. J. LIMPENS, « Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation du contrat », *Rev. dr. intern. comp.*, 1954, n° spéc., p. 99, n° 5.

(133) R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, Sources des obligations, Paris, Rousseau, 1923, p. 404, n° 241; J. VAN RYN, obs. sous Bruxelles (1^{re} ch.), 4 juin 1930, *B.J.*, 1930, p. 561; J. LIMPENS, *op. cit.*, spéc. p. 103, n° 12.

Les quelques auteurs ayant eu l'attention attirée par cette doctrine paraissent l'approuver : M.-A. et Ph. FLAMME, « Chronique de jurisprudence. La sous-traitance », *J.T.*, 1983, p. 382, n° 61, note 157; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources! », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, spéc. pp. 146-150, n° 11; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1994, pp. 227-228, n° 8; P. VAN OMMELAGHE, « L'exécution des contrats de services par autrui », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1994, spéc. p. 274, n° 20.

en serait ainsi dès l'instant où le contrat devait *en fait* profiter au tiers et que le débiteur le savait. Cette condition se trouve réalisée, notamment, lorsqu'on est en présence d'un groupe de contrats, formé de contrats principaux et de contrats accessoires ou de plusieurs contrats interdépendants qui traduisent une seule opération économique (134). En effet, si une personne intervient dans une opération juridique complexe, dont elle connaît la portée et les répercussions à l'égard des autres participants à l'ensemble contractuel, tenus de lui accorder leur confiance, elle engage sa responsabilité à leur égard pour avoir trompé leur confiance légitime.

Comme l'a suggéré une doctrine autorisée, il serait incohérent de permettre à un tiers de se prévaloir de l'inexécution d'un contrat pour établir la faute délictuelle du débiteur, tout en interdisant à ce dernier d'opposer les termes de son contrat (135). Ainsi, s'il se fonde sur le contrat pour agir, le tiers devrait en respecter les clauses, notamment celles visant à restreindre la responsabilité du débiteur, pour autant qu'elles soient valables et ne le privent pas du bénéfice de dispositions d'ordre public (136). Il semble logique, en effet, que le juge puisse estimer, selon les circonstances, que la confiance placée par le tiers en la personne du débiteur de son propre débiteur n'est *légitime* que *dans les limites* du contrat conclu entre ces derniers. Si l'on admet que le juge tienne compte, comme d'un fait, des termes du contrat pour déterminer l'étendue et la teneur des obligations assumées, et ainsi caractériser la faute, rien ne s'oppose rationnellement, ni juridiquement, à ce qu'il puisse également prendre acte des clauses restrictives de responsabilité inscrites au contrat, *en tant qu'éléments de fait*, afin de déterminer dans quelle mesure l'intérêt *légitime* du tiers à la bonne exécution du contrat a pu être lésé (137). Loin de méconnaître le prescrit de l'article 1165 du Code

(134) Sur la notion de « groupe de contrats », voy., en particulier, B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. de J.-M. Mousseron, Paris, L.G.D.J., 1975, qui propose une savante typologie des groupes de contrats rencontrés dans la pratique.

(135) J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse dactyl., Paris II, 1979; F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse dactyl., Paris II, 1978; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, précité; J. NERET, *Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979; P. JOURDAIN, « La nature de la responsabilité dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », *D.S.*, 1992, I, chron., spéc. p. 155, n° 32 et 33.

(136) G. VINEY, « Chronique. Responsabilité civile », *J.C.P.*, 1993, I, 3664, p. 144, spéc. p. 145, n° 4 et 6; *Idem*, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, précité, p. 228, n° 240.

(137) En ce sens, X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats... », *op. cit.*, pp. 109 et s., spéc. pp. 146-150, n° 11. Comp. P. VAN OMMESSLAGHE, « L'exécution des contrats de services par autrui », *op. cit.*, p. 275, n° 20.

civil, cette analyse ferait une simple application du régime des effets externes des contrats (138).

2. Situations particulières

48. – Il existe plusieurs exceptions au principe de l'inopposabilité au tiers des contrats et, singulièrement, des clauses restrictives de responsabilité y figurant.

Ainsi en est-il de la stipulation pour autrui, pourvu que soient réunies les conditions d'existence du mécanisme (cf. art. 1121 C. civ.) (139).

On songe encore au cas des ventes successives : depuis longtemps, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent au sous-acquéreur le droit d'exercer les actions en responsabilité attachées à la chose vendue à l'encontre du vendeur initial ou de l'un quelconque des vendeurs intermédiaires (140). La justification de la solution demeure controversée en doctrine (141). Quoi qu'il en soit, le fondement le plus couramment avancé est la transmission des actions en responsabilité du vendeur initial aux acheteurs successifs à titre d'accessoires du bien vendu au sens de l'article 1615 du Code civil (142). Il en résulte que le sous-acquéreur ne peut agir en responsabilité contre le premier vendeur que dans les limites du contrat de ce dernier. Ainsi, il peut se voir opposer toutes les exceptions – notamment les clauses restrictives de responsabilité, pour autant qu'elles soient valables – que le vendeur originaire pouvait opposer à son propre acheteur. En revanche, les limitations de res-

(138) Il n'est naturellement pas possible d'examiner en détail cette solution qui, à notre connaissance, n'a pas encore trouvé à s'appliquer en jurisprudence.

(139) Sur les conditions de fond et de forme de la stipulation pour autrui, H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 649, 654, 663; P. JADOUX, « La stipulation pour autrui (rapport belge) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 408-429.

(140) Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 300. Depuis, la solution est constante. Voy. L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 107 et s., spéc. n° 57 et les réf.

(141) Pour un exposé critique des différentes justifications proposées, voy., notamment, J. GHESTIN et B. DESCHÊ, *La vente. Traité des contrats*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1990, n° 1015 et s.; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Les ventes en chaîne, la responsabilité 'in solidum' et le recours contributoire : une coexistence difficile », note sous Cass., 22 octobre 1993, *R.C.J.B.*, 1996, pp. 43-63.

(142) Voy., par exemple, P. VAN OMMESSLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations. Travaux des IX^e journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 129; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. III, n° 701.

pensabilité introduites par les intermédiaires demeurent, dans leurs effets, personnelles aux vendeurs qui les ont stipulées (143).

49. — P. VAN OMMESLAGHE évoque encore diverses hypothèses dans lesquelles la jurisprudence accepte l'idée qu'un tiers puisse adhérer à un contrat et en retirer certains droits ou obligations (144). Dans ce cas, il peut se voir opposer les éventuelles clauses restrictives de responsabilité figurant dans le contrat. Ainsi, pour faciliter les recours du destinataire et de l'expéditeur contre le premier transporteur, la Cour de cassation a admis, au siècle passé, par deux arrêts de principe, que le destinataire et l'expéditeur peuvent agir en responsabilité non seulement contre le transporteur originaire, mais aussi contre le dernier et tous les transporteurs intermédiaires, sans devoir démontrer que l'incident s'est produit pendant la partie du trajet exécutée par le défendeur à l'action (145). Cela revient à considérer que les transporteurs successifs sont tenus solidairement envers le destinataire et l'expéditeur. Selon J. VAN RYN et J. HEENEN, la solution s'explique précisément par l'adhésion de chaque transporteur à l'opération de transport initialement convenue (146). Pareille solution, inspirée du droit des transports, a été défendue, par plusieurs auteurs, en matière de transferts électroniques de fonds (147) ou d'informations numériques empruntant divers réseaux (148).

(143) Sur les difficultés de ces solutions, voy. surtout l'étude précitée de A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

(144) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 219, n° 23.

(145) Cass., 17 juillet 1873, *B.J.*, 1873, p. 977; Cass., 30 janvier 1879, *B.J.*, 1879, p. 466.

(146) Chacun y adhère par une manifestation unilatérale de volonté, qui l'engage directement envers l'expéditeur et le destinataire, à condition que cette adhésion soit certaine. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 789, n° 922. Cette explication a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 70. Voir aussi P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution des contrats de services par autrui », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1994, p. 261, n° 16.

(147) M. VASSEUR, « Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement », *Rev. bang.*, n° 5, 1982, pp. 577-600, spéc. p. 592; X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 19, P.U.N., 1996, p. 221, n° 150.

(148) Y. POULLET et C. MONVILLE, *La demande finale en télématique. Aspects juridiques*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 62; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 21, P.U.N., 1998, p. 427, n° 206.